



Reparación integral del *nascitūrus* víctima del conflicto armado colombiano*

Teresa de Jesús Mendoza Reales^a ■ Carmen Graciela Flórez Peña^b ■ Henry Torres Vásquez^c

Resumen: en algunas legislaciones, el niño por nacer es considerado una persona, como resultado de la convicción de que la vida y la persona que la contiene surgen desde el momento de la concepción. En otras legislaciones, cuando alguien nace, está vivo y completamente separado de la madre, desde ese momento es una persona y un sujeto de derechos. Sin embargo, el hecho de que el feto todavía no tenga la condición de persona no implica que esté totalmente desprovisto de derechos. La Constitución colombiana reserva varios derechos, entre ellos el derecho a la vida, que, por cierto, en nuestra legislación se considera una persona desde el mismo momento de la fecundación. Sin embargo, aun cuando el niño no sea aún una persona, en virtud de la legislación vigente, el niño por nacer tiene derechos que deben ser salvaguardados por el Estado y su falta de protección debe dar lugar a procesos de reparación o responsabilidades internacionales. Este trabajo explora las condiciones en las que el feto puede ser reconocido como víctima y los mecanismos de reparación que eventualmente serían los más adecuados, basados en la jurisprudencia y otros precedentes.

Palabras clave: conflicto interno; justicia transicional; reparación; *nascitūrus*; víctimas

Fecha de recepción: 20 de abril de 2021 **Fecha de aprobación:** 25 de diciembre de 2021

-
- * Artículo de revisión. Este trabajo pertenece a los avances de la investigación “La justicia transicional colombiana frente al derecho penal internacional” del grupo de investigación “Derecho penal y DPH” de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.
Correo: grupo.depenalint@uptc.edu.co
 - a Magíster en Derecho Administrativo, especialista en Derecho Penal y Criminología, Derechos Humanos. Abogada en ejercicio, Bogotá, Colombia.
Correo electrónico: tmendoza15@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1845-1403>
 - b Abogada, especialista en Derechos Humanos, magíster en Derecho Administrativo, Bogotá, Colombia.
Correo electrónico: bps2790@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0414-459X>
 - c Doctor en Sistema Penal de la Universidad Jaime I de Castellón, España. Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, Tunja, Boyacá, Colombia.
Correo electrónico: henry.torres01@uptc.edu.co ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5299-8269>

Disponível em linha: 30 de junho de 2022

Cómo citar: Mendoza Reales, T. de J., Flórez Peña, C. G., & Torres Vásquez, H. (2022). Reparación integral del nascitūrus víctima del conflicto armado colombiano. *Prolegómenos*, 25(49), 49-63. <https://doi.org/10.18359/prole.5760>

Comprehensive Reparation for the Unborn Victims of the Colombian Armed Conflict

Abstract: in some legislations, the unborn child is considered a person, as a result of the conviction that life and the person who contains it arise from the moment of conception. In other legislations, when someone is born, he is alive and completely separated from the mother, from that moment he is a person and a subject of rights. However, the fact that the fetus does not yet have the status of a person does not imply that it is totally devoid of rights. The Colombian Constitution reserves several rights, including the right to life, which, by the way, in our legislation is considered a person from the very moment of fertilization. However, even if the child is not yet a person, under current legislation, the unborn child has rights that must be safeguarded by the State and his or her lack of protection must give rise to processes of reparation or international responsibilities. This work explores the conditions in which the unborn child can be recognized as a victim and the mechanisms of reparation that would eventually be the most appropriate, based on jurisprudence and other precedents.

Keywords: internal conflict; transitional justice; repair; *nasciturus*; victims

Reparação integral para o nascituro vítima do conflito armado colombiano

Resumo: em algumas legislações, a criança por nascer é considerada uma pessoa, como resultado da convicção de que a vida e a pessoa que a contém surgem desde o momento da concepção. Em outras legislações, quando alguém nasce, está vivo e completamente separado da mãe, desde esse momento é uma pessoa e um sujeito de direitos. No entanto, o facto de o feto ainda não ter o estatuto de pessoa não significa que esteja totalmente desprovido de direitos. A Constituição colombiana reserva vários direitos, entre os quais o direito à vida, que, aliás, na nossa legislação se considera uma pessoa desde o momento da fecundação. No entanto, mesmo que a criança ainda não seja uma pessoa, nos termos da legislação vigente, a criança por nascer tem direitos que devem ser salvaguardados pelo Estado e a sua falta de protecção deve dar lugar a processos de reparação ou responsabilidades internacionais. Este trabalho explora as condições em que o feto pode ser reconhecido como vítima e os mecanismos de reparação que eventualmente seriam os mais adequados, baseados na jurisprudência e outros precedentes.

Palavras-chave: conflito interno; justiça de transição; reparar; nascituro; vítimas

La pregunta de investigación

El *nascitūrus* no tiene la calidad de persona, sin embargo, sí es sujeto de derechos y de obligaciones, especialmente del derecho a nacer. De ahí que se proteja con tipos penales como el aborto. Ahora bien, la omisión a esas obligaciones del Estado produce procesos de reparación e inclusive responsabilidades internacionales. En el caso del conflicto armado no internacional o de conflictos armados internos¹ acontecidos en Colombia, se atacó al *nascitūrus* especialmente mediante el delito de aborto, pero no ha habido sentencias que castiguen a sus ejecutores en la jurisdicción ordinaria o especial.

Conforme a lo anterior, nos preguntamos: ¿han existido o van a existir mecanismos de reparación para las madres y sus *nascitūrus* en Colombia?

Metodología

Para el ejercicio investigativo, se siguió un enfoque sociojurídico, con base en la función que cumple el derecho objetivo en la realidad social y que conecta con la investigación jurídico-dogmática; desde el contexto general, la noción amplia de *nascitūrus* y generalidades sobre el derecho de reparación a las víctimas, hasta las particularidades de las normas vigentes, así como de algunos de los diferentes fallos en la materia. Se realizan algunos análisis a partir de los aspectos predominantes que describen las situaciones y que identifican relaciones existentes entre las variables, a través de la recolección de datos y que concluyeron con el informe de investigación, en el cual se resignificó la situación del *nascitūrus* en el conflicto armado colombiano, conforme a la dogmática-jurídica, que tiene como centro la norma jurídica.

De esta manera, aunque no se propone la creación de una norma, sí se realizan sugerencias y recomendaciones que pueden aportar a la discusión y que permitan una mirada más inclusiva e

1 El Protocolo adicional II que complementa los Convenios de Ginebra de 1949 es el primer tratado internacional que se aplica exclusivamente a los conflictos armados internos y establece restricciones al empleo de la fuerza en esos conflictos.

integral de las víctimas del conflicto armado, así como su eventual reparación. Es por ello que la investigación, además de descriptiva, fue también propositiva. Por otra parte, también se hizo uso del método *lege lata*, el cual pretende establecer propuestas de solución a casos problemáticos como consecuencia de la indeterminación de las normas, su carácter lógico o la determinación de sus valores y fines, como se evidencia en varios fallos contradictorios sobre el tema en cuestión.

Otro método utilizado fue el del Derecho Comparado, para encontrar elementos comunes o divergentes entre el caso colombiano y el de otros países, respecto a la reparación a las víctimas y los derechos del *nascitūrus*. Sobre este método de investigación, Morineau (2006) dice que “en el siglo XIX, el nombre Derecho Comparado empezó a utilizarse y desde entonces subsiste la polémica acerca de su connotación, cuestión estrechamente relacionada con la naturaleza y los objetivos de la disciplina” (p. 19).

Es decir, la denominación del método se puede confundir con alguna especialidad del Derecho. En este sentido, se especifica que aquí se entiende el Derecho Comparado como un método de investigación que permite confrontar las semejanzas y las diferencias de diferentes sistemas jurídicos en otros países. Entre los instrumentos y las técnicas que se emplearon, resalta la revisión y análisis documental de bases de datos, bibliografía y normatividad, la construcción de un normograma y la elaboración de fichas bibliográficas. Esta ruta permitió conocer al *nascitūrus* como víctima del conflicto armado y sujeto activo de reparación integral. A continuación, se resumen algunos resultados.

Introducción

La seguridad ciudadana constituye uno de los principales deberes constitucionales del Estado. En efecto, este es uno de los principales servicios que debe prestar a sus coasociados, tanto para preservar la integridad física como la de sus bienes. En virtud de lo anterior, la ausencia de garantías ciudadanas se entiende como una falta del Estado y, por consiguiente, en el marco del Derecho y la normatividad general que aplican en Colombia, el Estado está

llamado a responder por situaciones cuyo efecto le son atribuibles, si el coasociado resulta lesionado en su persona, bienes e intereses legítimos en general.

En el caso de la violencia que durante más de seis décadas ha azotado a Colombia y que ha dejado cientos de miles de víctimas, en su inmensa mayoría como resultado de confrontaciones a las que eran ajenas, pero cuyo efecto las privó del sano disfrute de sus vidas y bienes, le caben serias responsabilidades al Estado, no solo por omisión, sino, en muchos casos, por la acción directa de miembros oficiales en la comisión de los delitos.

Como un intento por superar esta etapa aciaga de la historia, se han dado en el pasado acercamientos entre los irregulares violentos y el Estado, en procura de un arreglo que ponga fin a las situaciones de violencia y todas sus manifestaciones, tales como el desplazamiento forzado, el secuestro, la extorsión, la violencia sexual y toda la gama de acciones ilegítimas que han caracterizado el accionar de los grupos al margen de la ley. Estos acercamientos entre el Estado y los sublevados han motivado una serie de acciones legislativas y pronunciamientos de la Corte Constitucional, enfocadas en encontrar fórmulas de convivencia que garanticen la paz en el país y le permitan desarrollar el potencial económico que deriva de sus condiciones naturales y el potencial de su gente. A diferencia de otros procesos de paz, los desarrollados a partir de la pasada década en Colombia, al tener como referente aquellos procesos realizados con las AUC (Autodefensas Unidas de Colombia) y las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia), introducen un especial énfasis en el reconocimiento y la reparación integral a las víctimas.

Es así como en 2005 ve la luz la Ley de Justicia y Paz, como se denomina comúnmente a la Ley 975. Es una norma que contiene los preceptos que hacen expedita la reincorporación a la vida civil de los combatientes. Quienes se acogieron a la norma antedicha, inscrita en el concepto de justicia transicional, fueron en su inmensa mayoría conformantes de las denominadas autodefensas o paramilitares. La Ley de Justicia y Paz

fue planteada como un instrumento de justicia transicional para enfrentar los desafíos de la desmovilización paramilitar. Ahora bien, la justicia

transicional es un instrumento extraordinario para enfrentar violaciones masivas de derechos humanos. (Uprimny, 2012, 5 de noviembre, párr. 11)

Los acuerdos suscritos apuntaban a la reparación de las víctimas como uno de los aspectos a tener en cuenta para lograr la reconciliación nacional y la reinserción de los violentos a la vida civil, aunque también se habló de otras condiciones, como la no repetición de los hechos, la declaración de la verdad y la impartición de justicia, a través de procesos colectivos de reparación.

Más adelante, la Ley 1448 de 2011 o Ley de Víctimas incluirá otros aspectos importantes para el reconocimiento y la reparación integral de las víctimas, pero en ninguna de las dos leyes ni en las demás normas vigentes queda claro el rol de víctima de quienes no habían nacido aún al momento de los hechos, pero que desde el vientre de su madre padecieron el atroz ruido de la guerra, las bombas, los disparos, el desplazamiento forzado, la angustia, el hambre y la desesperación, entre muchos otros sentimientos y sufrimientos que genera un conflicto crónico como el colombiano. En este conflicto, uno de los principales obstáculos es que no se reconoce al no nacido o *nascitūrus* como persona, lo cual, a su vez, dificulta considerarlo víctima, siempre y cuando se tomen como base las definiciones oficiales de víctima, que es una categoría destinada a quien ostenta la condición de persona. No obstante, y de conformidad con el artículo 91 del Código Civil, que consagra que

[l]a ley protege la vida del que está por nacer. El juez en consecuencia, tomará, a petición de cualquier persona, o de oficio, las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará.

Es pertinente hacer el respectivo cotejo con el artículo 14 constitucional, que hace referencia a las personas y a “consagrar su derecho al reconocimiento a su personalidad jurídica, se está refiriendo a los individuos de la especie humana, a los nacidos de mujer” (Sentencia C-591 de 1995), además, conforme a la Declaración Universal de Derechos del Hombre, respecto a estos derechos preceptúa: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica” (Declaración Universal

de Derechos del Hombre, artículo 6). En definitiva, es claro que no solamente hay derechos que atañen al no nacido desde el Derecho Penal, sino también desde el Derecho Civil, al igual que en el de Familia también, aunque específicamente en este trabajo se alude al Derecho Penal.

En la actualidad, otro modelo de justicia transicional busca superar los embates a derechos fundamentales ocurridos en décadas como producto de la violencia en Colombia. Este sistema se acoge bajo la sigla SIVJRNRR que representa el Sistema Integral de Verdad Justicia Reparación y No Repetición, del cual surgió la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Esta jurisdicción es competente para juzgar a exintegrantes de las FARC, agentes del Estado y terceros civiles, siempre que hayan cometido conductas punibles con ocasión y en desarrollo del conflicto armado no internacional antes del 1 de diciembre de 2016.

Cuando se trata de sancionar a quienes efectuaron estas conductas, se procura que el castigo sea para quienes eran los superiores, bajo el imperativo de la denominada responsabilidad por el mando. Como dice Torres Vásquez, “es ineludible castigar a los jefes cuando estos ideen, planifiquen, dirijan, ordenan o preparen el delito; pero también es necesario que ese castigo se extienda a la omisión” (2018, p. 145). Con las posibilidades que establece de castigar conductas como el aborto obligado dentro de las filas de la guerrilla de las FARC, esta jurisdicción se fundamenta no solamente en el derecho internacional, sino en la responsabilidad por el mando, la cual “encuentra tanto el acto legislativo 01 del 4 de abril del 2017 en sus artículos 21 al 24 y en el proyecto de Ley estatutaria en los artículos 61 y 62” (Torres Vásquez, 2018, p. 150).

No obstante, es evidente que no hay ninguna referencia al *nascitūrus* en las mencionadas normas, pero en la JEP, “la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVR) de la JEP abrió el caso No. 007, denominado “Reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado” (JEP, s.f.). En este caso se busca encontrar la verdad como forma de justicia por el reclutamiento de niños, niñas y adolescentes al interior de las filas de las FARC, se investigan otras formas de participación de niñas

en el conflicto y si algunas de ellas fueron obligadas a abortar. Esto evidentemente hará que las decisiones que se tomen en esa jurisdicción hagan alusión al *nascitūrus* y sus derechos.

De entrada, hay que señalar que no hay una posición unánime respecto a quién proteger en casos de aborto: la madre o el *nascitūrus*, y desde cuándo este último debe ser protegido. Barcia ha señalado que existen corrientes doctrinarias y jurisprudenciales y, por esta razón, algunos países reconocen

el derecho de la madre al aborto, pero en algunos, dicho derecho se limita a los primeros meses de gestación. Por otro lado, en los países que se reconoce el derecho a la vida del *nascitūrus* se discute acerca de si este derecho se protege a través de un derecho subjetivo o simplemente un derecho objetivo. También se discute sobre si existe patria potestad con relación al *nascitūrus*. (Barcia, 2000, p. 26)

Es importante tener en cuenta que “muchos países europeos no reconocen el derecho a la vida del *nascitūrus* y consecuentemente no reconocen la existencia de la patria potestad sobre dicha criatura” (Barcia, 2000, p. 26). Caso específico, en Colombia, en las primeras semanas de gestación, como lo señala Posada Maya,

el bien jurídico de la libertad personal prevalece frente al interés de proteger al *nascitūrus*, dado que la comunidad jurídica ha reconocido que, a efectos de la regulación jurídico penal, es a partir de las doce semanas de gestación que resulta mucho más grave la lesividad del ataque contra el bien jurídico vida prenatal. (2020, p. 36)

Es posible llevar a cabo la protección al *nascitūrus* en el ordenamiento jurídico colombiano para una posible reparación a este como víctima del conflicto armado interno colombiano, lo cual se trata de abordar en su amplio espectro, pero no está consagrado en ningún instrumento nacional o internacional de manera formal, ni siquiera en el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados².

2 Protocolo aprobado por medio de la Ley 833 de 2003.

Referentes conceptuales y normativos del *nascitūrus*

Es importante precisar tres conceptos que guardan relación directa con el objeto de investigación, como son los conceptos de *nascitūrus*, víctima y reparación. De igual forma, es importante efectuar una revisión normativa que permita situar jurídicamente el debate. En primer lugar, el término *nascitūrus* proviene del latín *nasci*, que significa nacer o crecer, más el participio futuro, por lo que en su acepción más literal significa “el que va a nacer” o “el no nacido”. Se trata de un concepto jurídico que se emplea para designar al ser humano, “en el periodo comprendido entre la concepción hasta su nacimiento” (Velásquez Posada, 2006, p. 16). Respecto a la definición de este término, empleado en diversas latitudes y contextos jurídicos, no hay mayor discrepancia; sin embargo, en lo que respecta a los derechos con los que cuenta dicho ser, sí existen marcadas diferencias. No obstante, si el concepto de *nascitūrus* no ha estado exento de debate, el de víctima, probablemente, lo ha estado mucho más, debido a las múltiples interpretaciones que puede recibir. A menudo se le relaciona a la violencia y

vienen a la mente acontecimientos como los de la Alemania nazi en la Segunda Guerra Mundial, las bombas de Hiroshima y Nagasaki, la masacre de Ruanda, entre otros. Colombia tiene una larga historia de violencia y por ende innumerables efectos que explican que en nuestra cotidianidad el término víctima aparezca de forma recurrente. (Galvis Plaza, 2017, p. 88)

Sin embargo, el concepto de víctima está estrechamente asociado a aspectos culturales y subjetivos, lo cual contribuye a su carácter polisémico. Por ejemplo, en antiguas culturas se le puede relacionar a rituales de sacrificio para adorar alguna deidad y, en este caso, la víctima puede ser una persona o un animal. Sin embargo, la acepción más general del término sirve para definir aquellas personas que “sufren lesiones, pérdidas o dificultades debido a cualquier causa. La gente comúnmente habla de víctimas de accidentes, víctimas de cáncer, víctimas de inundaciones y víctimas de discriminación y otras injusticias” (Galvis Plaza, 2017,

p. 89). No obstante, son las víctimas de delitos e injusticias las que interesan en este trabajo, lo cual introduce también el tema de derechos humanos en la discusión.

De esta manera, “la categoría víctima, junto a su opuesto complementario, que es la categoría de victimario, ha alcanzado un lugar preponderante en las políticas públicas contemporáneas de derechos humanos” (Guglielmucci, 2017, p. 84). Es así como quienes han sido sujetos pasivos de delitos o violaciones de derechos humanos pueden a menudo sufrir daños físicos o mentales. Pero también se habla de víctimas directas y víctimas indirectas. “Las víctimas directas o primarias experimentan el acto o sus consecuencias de primera mano. Las víctimas indirectas o secundarias también sufren emocional o financieramente, pero no se ven involucradas o lesionadas de inmediato” (Galvis Plaza, 2017, p. 89). También se puede presentar una situación consistente en la revictimización de la víctima, razón por la cual existen personas que no gustan del uso del término, como advierte Rodríguez (2008) al afirmar que en esta discusión existen quienes prefieren evitar el término víctima, para evitar la estigmatización por causa de las circunstancias que ha tenido que afrontar. El silencio de la víctima es algo que cobra aún más valor, en especial si el debate se centra en el *nascitūrus*, pues si alguna víctima solo puede ser nombrada, es aquella. Esto también hace parte del proceso mismo de la sociedad, en el cual tanto la visibilidad como la sensibilidad que generan las víctimas ha sido gradual, pues en los antiguos conflictos, el civil, como actor o como víctima, no estaba tan claramente establecido como hoy.

Respecto al concepto de reparación, se puede afirmar que es quizás una de las expresiones más usadas en el proceso de reconciliación nacional, pues ha sido objeto de conceptualizaciones y reconceptualizaciones. Lo anterior, en parte, porque la reparación no la determina la naturaleza del daño recibido, sino, simplemente, el reconocimiento de la calidad de víctima, en una interpretación universalizada y casi que minimizada en la normatividad actualmente vigente.

Al seguir el hilo conductor, y en virtud de la necesidad de reparación de las víctimas, es importante

entender en primer lugar qué se entiende por reparar, pero también es importante definir los límites y el alcance de dichas acciones de reparación. De esta forma,

[r]eparar, indemnizar, resarcir, restablecer, volver las cosas al estado anterior, compensar, son algunos términos que se encuentran en el corazón del debate sobre el alcance de la reparación de daños. La diversidad de formas como se enuncia el mismo fenómeno es, de por sí, la primera dificultad que se enfrenta a la hora de descifrar su alcance, razón por la cual es preciso proceder a una cuidadosa escogencia terminológica. (Henaó, 2015, p. 285)

Más aún si se tiene en cuenta que estos términos son comúnmente usados en el Derecho Civil y en ocasiones como sinónimos.

El diccionario de la Real Academia Española arroja tres definiciones para el término reparación. El primero alude a cosas u objetos y el tercero a un acto literario, pero la segunda definición hace referencia a las personas y apunta a reestablecer, compensar, resarcir, entre otras, como podemos constatar y analizar en sentido amplio con la siguiente definición: “Desagravio, satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria” (2., s.f.). Aunque existen otros términos que suelen usarse como sinónimos de reparar (es el caso de las palabras restablecer, indemnizar, resarcir y compensar), el término más usado en el ámbito jurídico es el de reparar, pues este no limita el concepto de indemnización aludida a la monetaria. Se tiene en cuenta que,

para impedir esa confusión es preferible utilizar una palabra más omnicompreensiva, que es aquella de reparación. El verbo ‘reparar’ supone (...) la existencia de diversas maneras que permiten volver a su estado anterior lo que ha sido dañado. Reparar es más amplio que indemnizar. (Henaó, 2015, p. 285)

Adicionalmente, podemos decir que es más coherente con los marcos jurídicos internacionales, que conciben la reparación como “todo acto o prestación de un Estado en beneficio de otro y de su demanda, que tiene por objeto poner fin a un litigio relativo a un perjuicio sufrido por el segundo por el hecho del primero” (Henaó, 2015, p. 285).

Por último, se efectuó una revisión de todas las leyes, decretos o demás normas que puedan tener

o hayan tenido relación directa o indirecta con los principales aspectos desarrollados en el estudio, como es lo relacionado al *nascitūrus*, la reparación de las víctimas en el marco del conflicto armado, la concepción de la vida y la categoría de persona, entre otros. También se agregó la principal jurisprudencia sobre dichos temas y se dispuso la información de manera cronológica para facilitar una lectura sobre cómo se ha desarrollado la discusión de estos temas en los últimos años. En resumen, se tuvo en cuenta el tipo de norma, el año de expedición, la descripción o acápite y la relevancia para la investigación. En este sentido, se evidencia que en el Código Civil, así como en las Sentencias C-133 de 1994, T-223 de 1998 y C-355 de 2006, se efectúa una alusión explícita y directa a los derechos de que goza el *nascitūrus*, en los cuales se coincide en reconocer que este goza de una protección especial debido a su vulnerabilidad y, aunque no se le reconoce como persona, sí se estipulan compromisos y obligaciones de todas las personas hacia él.

En efecto, todas las normas y pronunciamientos son claros al afirmar que es con la categoría de persona como se adquieren los derechos y que el *nascitūrus* no alcanza dicha categoría. Pero, al mismo tiempo, se reconoce la potencialidad de este como una representación de una futura persona y que, además, representa el principio mismo de la vida, por lo que se debe brindar especial protección. Es importante distinguir entre seres humanos y personas, toda vez que persona es el ser que tiene personalidad jurídica, de lo cual deriva que “ser persona, conlleva sí o sí, tener personalidad jurídica” (Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 2020, p. 483) máxime puesto que en el artículo 5 constitucional dice muy claro que el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad” (Constitución Política de Colombia, artículo 5).

De lo anterior se colige que, solo con el hecho de nacer, el ser humano es persona y, por ende, tiene personalidad jurídica y, por contera, se puede decir que, al ser persona natural, tiene existencia legal. Es imperioso analizar “al ser humano, que fallece en la etapa de su gestación, como un ser que nunca ha llegado a ser sujeto de derecho. Ello

corresponde a una discriminación jurídica poco razonable que, por consiguiente, es ilegal” (Villa-fuerte, 2012, p. 55). Lo anterior refuerza el concepto de afirmación por parte del Estado colombiano en el artículo 5 de su Constitución, en relación al reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana; por ende, la personalidad se adquiere a perpetuidad, al instante mismo de ser concebido por parte de la madre.

Esto permite hacerse una idea sobre el estatus que se le da al *nascitūrus* y condiciona la manera como se procura la reparación a las víctimas del conflicto, pues todas las normas, incluidas la Ley de Justicia y Paz o la Ley de Víctimas, restringen la categoría de víctima y el alcance de las eventuales reparaciones a la categoría de persona. No obstante, se pueden presentar diversos escenarios en los cuales los administradores de justicia no tengan claro si atender el principio de prohibición de la doble reparación o reparar a quienes durante la concepción sufrieron daños físicos o psicológicos. Al menos en lo que respecta a la doble reparación, la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso) parece derribar el argumento que impide la reparación del *nascitūrus*, al habilitar al concebido, es decir, al *nascitūrus*, para ser parte de un proceso, lo cual puede parecer contradictorio con la definición de víctima, tal como se encuentra estipulada en las normas vigentes.

El *nascitūrus* en el ordenamiento jurídico colombiano: antecedentes, sentencias y fallos

El Código Civil Colombiano dispone que los derechos de la criatura que está en el vientre materno, “si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se definieron” (artículo 93). De esta manera, al *nascitūrus* se le reconocen varios derechos, como se ha visto hasta acá, pero no se le reconoce la condición de persona, al menos en el ordenamiento jurídico colombiano.

De hecho, aquellos derechos que lo protegen se pueden entender desde dos perspectivas, como son la prevención y la protección. Por ejemplo, la prevención “para evitar cualquier tipo de daño que pueda recibir el concebido [...] El artículo 43 de la Carta política que ordena que toda mujer en estado de embarazo deba recibir asistencia y protección del Estado” (Laverde *et al.*, 2018, p. 12). También, la protección se puede encontrar, por ejemplo, en la legislación laboral, “otorgándole a la mujer embarazada una estabilidad laboral reforzada para que pueda atender satisfactoriamente sus necesidades y las necesidades del menor” (Laverde *et al.*, 2018, p. 12), pero el hecho de no reconocerlo como persona, sin duda, genera dificultades para el reconocimiento pleno de ciertos derechos. Por ejemplo, ha generado diversas interpretaciones de la norma, que van desde los que defienden que el *nascitūrus* es persona, entendido como sinónimo de ser humano en el Código Civil y, los que, ateniéndose a una interpretación más literal, consideran que el *nascitūrus* definitivamente no es persona hasta que nace vivo. Sin embargo, una nueva postura parece emerger en la discusión y es la de reconocimiento de derechos a sujetos sin personalidad, aplicable, por ejemplo, en materia de derechos patrimoniales.

Como se puede ver, es precisamente el concepto de persona uno de los puntales sobre los que descansa la polémica jurídica acerca del reconocimiento de derechos del *nascitūrus*, que conduce no solo a que derechos reconocidos en las personas no sean reconocidos en este, sino, lo que es más preocupante, a que no se reconozcan derechos que sí amparan desde la perspectiva constitucional y legal al no nacido, debido a una mala interpretación circunstancial de los procesos de reparación. Esto sucedió en la sentencia de Mampuján³ y en otras que se desarrollaron en la investigación.

Al margen del reconocimiento del *nascitūrus* como persona, existen garantías necesarias para que el desarrollo prenatal se dé dentro de las condiciones necesarias para un adecuado nacimiento.

3 Esta fue la primera sentencia en el marco de la Ley 975 de 2005 y que significó una gran decepción para las víctimas.

En esto se fundamentan algunas políticas públicas del Estado, en relación con el denominado control prenatal que se brinda a la mujer embarazada y que apunta a prevenir contratiempos que puedan presentarse por parte de la madre o del fruto mismo, al momento del nacimiento. Es decir que, en un Estado social de derecho, se protege la vida y su aceptación legal se da desde el momento mismo de la concepción. Es precisamente el anterior uno de los fundamentos jurídicos en que se basa la legislación que pena al aborto y fija consecuencias penales para quien, de manera voluntaria, provoca la interrupción del parto, sin más motivos que la mera voluntad de hacerlo o por razones que, al ser importantes, no logran vencer el derecho a la vida, como concepto especialmente protegido por la Carta Constitucional de 1991. Finalmente, está la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), que determina quiénes pueden ser parte de un proceso y allí menciona explícitamente al concebido, por lo que, desde el punto de vista jurídico, existe toda la viabilidad para hacer reclamaciones de reparación en favor del *nascitūrus*.

Por otra parte, varios han sido los pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto a los derechos de que goza el *nascitūrus*. Como la Sentencia T-179/93, que expresó que

la obligación de velar por la vida del *nascitūrus* no responde a una simple obligación alimentaria, pues la madre requiere de los cuidados permanentes, de una constante vigilancia médica que le garanticen en forma mínima la atención del parto y los primeros cuidados del niño. (Sentencia T-179 de 1993)

En un sentido similar, también está el pronunciamiento de la Sentencia C-133/94, que en uno de sus apartes dice que “la vida del *nascitūrus* encarna un valor fundamental, por la esperanza de su existencia como persona que representa, y por su estado de indefensión manifiesto que requiere de la especial protección del Estado” (Sentencia C-133/94).

La expresión “especial protección del Estado” entraña el compromiso del Estado con el *nascitūrus* desde su condición de tal, sin postergar sus derechos al evento del nacimiento normal. Se evidencia, por parte de la Corte, una doble visión: la percepción del *nascitūrus* como individuo

depositario de derechos naturales, y la obligación del Estado, en el sentido de velar por esa potencial persona, desde antes de su nacimiento. Es allí donde esta postura riñe con conductas que pretenden negar, delimitar o reducir los derechos del *nascitūrus* al concepto de persona no nacida y con ello negar la posibilidad de reconocimiento como víctima, que en realidad lo es, pues no se dio la “especial protección del Estado”, independientemente del estado de salud de la madre que lo lleva en su vientre. En casos específicos, la madre podría ser la propia victimaria, en contextos de conflicto y donde ella tiene el propósito de provocar daño al *nascitūrus* sin lograrlo y le genera lesiones o algún grado de grave afección al no nacido y, por lo tanto, puede incurrir en otro tipo de delito. Pero, lo más común es que el feto sufra daños como producto del maltrato a su madre y, en este caso, las secuelas sufridas deberían ser reparadas y la persona reconocida como víctima.

En un aparte de la Sentencia T-179/93 dice la Corte que, en la medida en que la mujer es portadora y dadora de vida,

merece toda consideración desde el mismo instante de la concepción. Así es que, por la estrecha conexión con la vida en gestación, toda amenaza o vulneración contra su derecho fundamental es también una amenaza o vulneración contra el derecho del hijo que espera.

De lo anterior se desprende que el *nascitūrus* puede ser víctima, por ejemplo, por cuenta del desplazamiento forzado, puesto que el mismo constituye una amenaza tanto para la mujer como para el *nascitūrus* y, al vulnerarle los derechos a la mujer embarazada, se le transgreden también al *nascitūrus*. “De las mujeres desplazadas por el conflicto armado, 64% han sido objeto de toda clase de intimidaciones, 18.3% de violencia física y 3.7% de violencia sexual” (Argote y Vázquez, 2007, p. 29). Esta situación genera una ruptura de las redes de apoyo, la cohesión familiar, la identidad social y, en general, repercute en una pérdida de la calidad de vida, de la cual el no nacido también es protagonista y víctima de dicha situación.

En consonancia con estos daños que padece el *nascitūrus* por efectos de la guerra, existen los

registros y documentos de acontecimientos trágicos como la masacre de El Salado, recopilados por el Grupo de Memoria Histórica (2009a; 2009b). Allí se mencionan los hechos que tuvieron lugar entre el 16 y el 21 de febrero del año 2000, en los que grupos paramilitares atacaron a la población del corregimiento de Villa del Rosario, El Salado, por presuntos nexos con la guerrilla. Entre los relatos que recoge el informe se encuentran

casos de mujeres asesinadas o torturadas por estar embarazadas de hijos de guerrilleros; otras perdieron sus bebés y otras manifestaban que las inseguridades y problemas de aprendizaje que actualmente sus hijos poseen son secuelas del miedo y angustia que tuvieron que sufrir mientras se encontraban en estado de embarazo cuando sucedió la masacre. (Galvis Plaza, 2017, p. 19)

Del conflicto colombiano a la reparación de las víctimas

Aunque durante todo el siglo XX en Colombia no se vivió una etapa de verdadera paz, al menos de una paz completa y tangible, siempre que se habla de la violencia se alude, por omisión, a la segunda mitad de ese siglo. Durante esta etapa el país y, sobre todo su clase política, comenzó a tomar conciencia de la responsabilidad que le correspondía en el aseguramiento de unas condiciones de vida que garantizaran a los colombianos los derechos mínimos universalmente reconocidos a todas las personas. Durante la primera mitad del siglo XX el país se convulsiónó políticamente, en lo que podría definirse como el inicio de una etapa posterior, en la que la vida humana tuvo muy poco valor y, en muchas ocasiones, ninguno. Los dos partidos tradicionales de Colombia que imperaban en aquel entonces, el Liberal y el Conservador, se trenzaron en una lucha por el poder en la que no prevaleció el discernimiento ni mucho menos el juicio. Simplemente, ambos partidos se creían herederos del mandato y por ello asumían posiciones intransigentes, que se manifestaron, lamentablemente, en acciones que hoy se constituyen en páginas negras, aciagas y vergonzosas de la historia nacional.

Con la caída del general Gustavo Rojas Pinilla, quien le había asestado un golpe militar al presidente Laureano Gómez y que ocupó de facto la presidencia de Colombia entre 1953 y 1957, se inició lo que, según los políticos de los dos partidos anteriormente mencionados, sería el renacer, la recuperación de la paz y el inicio del progreso, a través de un acuerdo bipartidista firmado en España. Es así como los dos partidos acordaron turnarse en el poder y crearon lo que los textos de historia denominan como Frente Nacional, para aludir a una etapa de cuatro periodos presidenciales en los que ambos bandos se turnaban el poder al desconocer, de plano, a cualquier otro partido que quisiera hacer parte de las alternativas políticas a que tenían derecho los colombianos. No obstante, el acuerdo firmado entre los dos partidos no contó con la aquiescencia de todos los colombianos. Como suele suceder en estos casos, hubo oposición ideológica al acuerdo, que comenzó a manifestarse sobre todo en las regiones rurales, en donde era fácil esconderse y eludir las acciones del ejército.

De esta manera, surge la guerrilla, que para algunos era una reedición o derivación de la antigua “chusma”, es decir, grupos de bandoleros, rebeldes y violentos, que se oponían al sistema y hacían su ley en varios territorios. La diferencia estuvo en que los nuevos rebeldes expusieron ideales políticos, en nombre de los cuales esgrimieron sus banderas y comenzaron a desarrollar sus acciones, generalmente violentas, en contra de los que ellos tildaban como culpables de la suerte nefasta de Colombia, en materia política, social y económica.

El grupo más representativo fue el de las autodenominadas Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), que se constituyeron en protagonistas de la violencia vivida en la segunda mitad del siglo XX y los inicios del siglo XXI. El problema se tornó aún más grave con la aparición de las denominadas autodefensas, inicialmente conformadas por campesinos y propietarios que se unían para defenderse de la guerrilla, razón por la que fueron vistas con aquiescencia inicialmente por los pobladores de algunas regiones, pero que pronto degenerarían en mayor violencia, ya que adoptaron iguales o peores métodos que aquellos empleados

por la guerrilla, con lo cual el ciudadano del campo se vio en medio de un fuego cruzado entre dos enemigos, al ser atacado indistintamente por uno u otro, con el pretexto de que era informante o colaborador del grupo contrario.

La violencia se convirtió en el común denominador del campo colombiano. Una violencia que no respetaba condición alguna del ciudadano y menos aún de las mujeres, las cuales padecieron con especial rigor las consecuencias del conflicto, hasta el punto de no respetar ni siquiera a aquellas que se hallaban en estado de embarazo, lo que las tornaba más vulnerables. Muchas fueron violadas, obligadas a abortar o simplemente asesinadas, pero muchas otras lograron sobrevivir a la violencia y dar a luz a sus hijos fuera o dentro de este escenario de confrontación. De esta manera, muchos niños debieron nacer en escenarios ajenos a su lugar de origen y sin la atención adecuada a que tenían derecho. Muchos debieron pasar sus primeros días en medio de la indigencia, del miedo y de la inseguridad alimentaria, todo ello producto de la acción de la guerrilla o de las autodefensas, según cada caso particular, pero también de la desatención del Estado, que debía protegerlos a ellos y sus madres.

El desplazamiento forzado ha representado uno de los efectos de mayor impacto en el desarrollo de este conflicto, con más de seis millones registrados oficialmente para 2014. No obstante, si se hace un análisis detallado de las circunstancias presentes y de la forma como sucedieron los hechos, se tiene que el *nascitūrus* puede ser considerado un desplazado en sí mismo y, si bien la presión no se ejerce directamente sobre él, sí se le agrede en su derecho a la salud integral, la que inevitablemente se ve afectada por el estado físico y emocional de la madre, ante un hecho violento que la obliga a buscar otro sitio de vivienda.

Si bien podría alegarse que el *nascitūrus* no tiene conciencia de los hechos al momento del desplazamiento, ello no obsta para reconocer que es vulnerado su derecho al libre desarrollo y a la vida, derechos que cobran aún más énfasis, si ello es posible, a partir de la consideración de que es totalmente ajeno a las causas que generan el conflicto externo, de cuyas consecuencias se le hace víctima

efectiva y potencial, se disminuye su calidad de vida y se le expone a perder la vida misma, como consecuencia de los hechos que puedan sucederse en razón del desplazamiento.

Aún con todo lo anterior, parecen existir algunos caminos que pueden conducir a los *nascitūrus* víctimas del conflicto (que dependen de la naturaleza de la afectación o de si la víctima logró nacer y desarrollarse) hacia una reparación integral, lo cual no significa que sean caminos sencillos y libres de obstáculos. Por ejemplo, la indemnización administrativa, entendida como la acción estatal orientada a devolver al afectado la condición que tenía antes de la ocurrencia de los hechos que generaron un daño o una pérdida, muestra, de momento, que no ha logrado satisfacer por completo las expectativas y exigencias de una reparación integral, por diversas razones y en virtud de distintos problemas, entre los que elementalmente sobresale la poca voluntad manifiesta de los victimarios para restaurar. Sin embargo, el hecho de haber declarado el conflicto armado desembocó en una mayor claridad jurídica para los procesos de reparación.

De allí se desprende que la omisión en el servicio, falla en el servicio o cualquier otro factor detonante del hecho victimizante atribuible al Estado, lo convierte en responsable de la indemnización, sin que ello lo prive de repetir la acción, en lo posible, contra quien generó el hecho dañoso. Ante la víctima, en casos inmersos en la naturaleza del conflicto, inicialmente el Estado es el responsable y, por ende, debe responder ante los afectados con acciones de reparación integral. Esto en cuanto sea del ámbito del Contencioso Administrativo, sin embargo, para lo que se desarrolla en el marco de la Ley 975 de 2005 y las siguientes que abordan el tema de las víctimas y la reparación, la principal explicación la aporta la Sentencia C-160/2016.

Los *nascitūrus* víctimas del conflicto cuentan con otra vía para buscar la reparación cuando se han visto cerradas las puertas en el marco de procesos de justicia transicional⁴. Esto es, a través de

4 La justicia transicional se puede definir como un conjunto de dispositivos que “abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados

la reparación directa en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011 y sus normas concordantes, que tiene como propósito garantizar la efectividad de los derechos consignados en la Constitución Política y el bloque de constitucionalidad. Esto tiene lugar en la medida que exista legitimación en causa, que constituye un presupuesto procesal para alcanzar una decisión de fondo.

En este sentido, el artículo 140 del Código Contencioso Administrativo define la acción de reparación directa. Esta aplica

contra hechos, acciones, omisiones, operaciones administrativas, hechos administrativos y las que establece la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Allí pueden acudir personas mayores de edad o a través de apoderado e interponer diferentes acciones consagradas en la norma. Es así como existen antecedentes en el país de sentencias relacionadas a afectaciones o muerte del *nascitūrus*, como, por ejemplo, la Sentencia con radicado No. 2001-02162-01⁵ del 2007, por la cual no se reconocen los “perjuicios ocasionados por la muerte de un *nascitūrus* debido al inadecuado tratamiento que se le dio durante el tiempo de su gestación”.

En este caso específico, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del departamento del Valle del Cauca indicó que no aplica la reparación solicitada, debido a que la administración obró oportuna y eficazmente. No obstante, este caso es un ejemplo de reclamación por vía administrativa para el caso de *nascitūrus* en el marco del conflicto. No obstante, la reparación directa no solo es un

con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación”. Naciones Unidas, Consejo de Seguridad. (2004, 3 de agosto). *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*. (S/2004/616). <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/395/32/PDF/N0439532.pdf?OpenElement>

5 Magistrados Ramiro Ramírez Onofre y Luz Elena Sierra Valencia.

mecanismo de reparación integral de perjuicios, sino que también se encuentra alineada a los postulados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como lo sostienen Barco y Carrillo (2013). Incluso, los autores afirman que han sido muchos fallos en los que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha condenado al Estado colombiano los que han moldeado o influenciado el marco de responsabilidad en el ordenamiento jurídico del país. Por lo tanto, la reparación directa a través del Derecho Administrativo se convierte en una importante alternativa a la reparación que buscan los procesos de justicia transicional, especialmente cuando esas instancias niegan las pretensiones de las víctimas.

Conclusiones

La investigación se abstuvo de debatir el inicio de la vida del *nascitūrus*, en razón a que es un tema polémico en todo el mundo, con ingredientes científicos, políticos, religiosos y culturales en general. Al menos, para el caso colombiano, es una discusión que la legislación y la jurisprudencia han resuelto ya, al reconocer el origen de la vida desde el instante mismo de la fecundación y, aunque esto puede cambiar en el futuro, se parte de esta base. Interpretar que el *nascitūrus* es titular del derecho a la vida, y la ley protege o debe proteger la vida del que está por nacer, plantea que, como dice Garzón, “en consecuencia se le debe de proteger en las diversas legislaciones cuando se regule lo relativo a los procedimientos de reproducción asistida, al manejo de los embriones y en lo relativo al aborto” (Garzón Jiménez, 2015, p. 15).

Lo que se procuró en este artículo fue más bien entender las contradicciones que este tipo de reconocimientos y otros derechos conllevan si al mismo tiempo no se le reconoce la condición de persona, así como las implicaciones jurídicas que esto acarrea a la hora de reparar a las víctimas del conflicto armado colombiano, que ha azotado al país durante más de medio siglo.

Por lo tanto, lo primero que se concluye es que el *nascitūrus* está protegido por varios derechos, entre los cuales se destacan el derecho a la vida, la capacidad de ser parte de un proceso y la protección

especial del Estado. Otros derechos, como los patrimoniales, se consideran en suspenso, hasta el momento del nacimiento, después del cual puede ejercerlos. Sin embargo, no se le reconoce la condición de persona, lo cual tiene serias implicaciones jurídicas, en especial, a la hora de intentar ejercer el derecho a la reparación por cuenta del conflicto armado colombiano. Esto ha generado, además, contradicción y conflicto con algunas otras normas, como las citadas anteriormente y que brindan protección a este ser. Estos vacíos y contradicciones generan a su vez dudas entre los administradores de justicia y desconfianza entre las víctimas, pues esa indeterminación de las normas a la hora de aplicar justicia se manifiesta a través de sentencias contradictorias sobre hechos similares.

Entre las razones para no conceder al *nascitūrus* la condición de persona, resalta el influjo de la jurisprudencia internacional y la aparente necesidad de evitar conflictos morales, como sería el tener que evitar decidir entre salvar la vida de una madre o la de su hijo, si es que en un momento determinado se tuviera que elegir, ante lo cual un *nascitūrus* reconocido como persona siempre tendría prioridad, en cuanto los derechos de los niños priman sobre los demás. El análisis efectuado muestra que esta ha sido la postura más o menos dominante en el contexto internacional y Colombia no ha sido la excepción.

Se concluye, por lo tanto, que el *nascitūrus* es poseedor de derechos, independientemente de su reconocimiento como persona y, jurídicamente, puede hacer parte de un proceso, tal como lo define la Ley 1564 de 2012 en su artículo 53 y como ha sucedido en las reclamaciones en escenarios de la Ley de Justicia y Paz, que se analizaron en la investigación o en los eventuales procesos que se desarrollen en el marco de la JEP. Desconocer esos derechos por parte del Estado puede desencadenar reclamos de reparación en instancias internacionales, en virtud de los tratados y convenios internacionales de los cuales Colombia hace parte.

Sin embargo, los resultados de la investigación demuestran que el problema es más complejo aún, pues, además de la necesidad de brindar una reparación integral a las víctimas del conflicto, quienes han sido víctimas como *nascitūrus* padecen una

importante carga de prejuicios y estigmatizaciones sociales o familiares, lo que ocasiona que, en muchos de estos eventos, estas víctimas renuncien a iniciar alguna reclamación por temor a ser revictimizados. Más grave aún es que, si algunas de estas víctimas se animan a hacerlo, encuentran un difícil camino, donde, al final, muchas veces ven negadas sus aspiraciones o, en otros casos similares, se falla de manera diferente, tal cual se desprende de algunos de los casos documentados en la investigación. Esto, sin duda, evidencia los vacíos y contradicciones de la legislación en esta materia y fomenta desconfianza hacia las acciones restitutivas del Estado.

Adicionalmente, es difícil establecer con precisión el número de víctimas fatales, desapariciones, desplazados, violaciones, secuestros y demás delitos que tuvieron lugar como resultado del conflicto. Mucho más difícil, contabilizar con precisión cuántos *nascitūrus* sufrieron una u otra forma de daño por cuenta del conflicto. En este mismo sentido, es casi un hecho que las cifras de uno u otro lado nunca coinciden. No obstante, a partir del análisis realizado, se pudo organizar un principio de protocolo que puede servir para orientar a funcionarios o a víctimas respecto a las diferentes alternativas y vías de reparación. Es por eso que, para las futuras discusiones o formulación de políticas públicas, se recomienda fuertemente empezar a plantearse una mirada diferencial para los no nacidos que han sido afectados por el conflicto armado, desde la cual se les reconozca como víctimas y se les brinden las medidas restaurativas necesarias. Por la misma razón, las Altas Cortes deben ser más claras en lo relacionado con esta materia, con el fin de procurar una línea jurisprudencial definida que permita que los colombianos gocen de una justicia unificada en sus conceptos y procedimientos, así como evitar que se presenten situaciones contradictorias como las documentadas en el trabajo. Para ello, es indispensable propiciar un nuevo debate que amplíe los límites de la noción de persona. No obstante, el no reconocimiento de esta condición no puede ser obstáculo para el cumplimiento de los mandatos constitucionales y los deberes de protección al *nascitūrus* y, en virtud de dichas violaciones a los derechos, reclamar las reparaciones que tengan lugar.

Ahora bien, una forma concreta como podría favorecerse jurídicamente a las víctimas del conflicto que eran *nascitūrus* al momento de los hechos y que, de una u otra manera, sufrieron las consecuencias de la guerra, podría ser a través de la extensión de la presunción del daño moral al *nascitūrus*, el cual, al no existir, exige la demostración de este por parte de la misma, situación que dificulta el proceso hacia una reparación integral. De esta manera, la extensión de la presunción del daño moral al *nascitūrus* podría ayudar a superar los vacíos o contradicciones que hoy existen y se presentan en las diferentes sentencias, pero, en especial, la reparación del *nascitūrus* debe estar orientada a la consideración de sus condiciones especiales de desventaja, que aplicaban para el momento de ocurrencia de los hechos objeto de reparación, pues la reparación integral es un concepto amplio que amerita ser analizado y, sobre todo, aplicado, si verdaderamente se quiere impartir una medida cuyo efecto sea positivo en el propósito tantas veces enunciado de lograr una paz sólida y duradera en Colombia. Entre las leyes y la jurisprudencia sobre víctimas y reparación a las acciones efectivas que se han llevado a cabo, aún existe un abismo que de alguna manera evidencia la renuencia a reparar, especialmente por parte de los administradores de justicia, como se evidencia en algunas de las sentencias analizadas y para los cuales el baremo se establece por lo mínimo, lo cual también invita a reflexionar sobre la voluntad real del Estado para reparar a las víctimas del conflicto.

Es así como la emisión de una ley de reparación de víctimas y la anunciada voluntad del Estado en el sentido de querer repararlas integralmente generan expectativas que ciertamente disminuyen o, al menos, drenan parcialmente el caudal de odio que, como simples seres humanos, almacenan las víctimas de los sucesos acaecidos y por cuyos efectos se pronunciaron las autoridades en casos como el de Mampuján. Al generar expectativas que no se cumplen, el resultado es sumamente nocivo, la confianza en el Estado merma sensiblemente y el ciudadano se siente discriminado y frustrado. Estados de ánimo que no contribuyen precisamente a crear el anunciado espíritu de reconciliación, tan esgrimido en la propaganda de las normas y

medidas tomadas por el Gobierno para subsanar, así sea parcialmente, a las víctimas de hechos irracionales.

Pretender desconocer el derecho del *nascitūrus* a la reparación equivale a una discriminación y a desconocer los derechos de los ciudadanos colombianos que viven en sitios olvidados, alejados de los centros urbanos y cuyas peticiones de ayuda no alcanzan a llegar a oídos de las autoridades. Pero no solo se debe contemplar al *nascitūrus* como sujeto de reparación, sino todas las modalidades de maltrato que este pudo recibir, en procura del modo de reparación más conveniente. En el caso de los *nascitūrus* que no alcanzaron a sobrevivir, se recomienda implementar medidas de reparación simbólica y de memoria que puedan contribuir de manera efectiva con la reconciliación nacional.

Referencias

- Argote, L. A. y Vásquez, M. L. (2007). Ante la desesperanza del desplazamiento: un hijo sano, el mayor anhelo de la mujer gestante. *Colombia Médica*, 38(4)(Supl. 2). https://www.academia.edu/27600007/Ante_la_desesperanza_del_desplazamiento_un_hijo_sano_el_mayor_anhelo_de_la_mujer_gestante
- Arroyave Hermosa, D. M. Londoño Díaz, N. (2013). *Análisis jurisprudencial sobre la aplicación de los estándares de reparación de víctimas en el Valle del Cauca*. Pontificia Universidad Javeriana.
- Barco, J. y Carrillo, P. (2013). Reparación Directa: Mecanismo de Indemnización Integral de Perjuicios conforme a los Postulados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Justitia*, (11). DOI: <https://doi.org/10.15332/iust.v0i11.874>
- Constitución Política de Colombia Editorial. (2020). 18^{va} edición. Editorial Temis S.A.
- Galvis Plaza, M. X. (2017). *¿Nascitūrus como víctima?: vida prepersonal, dignidad y conflicto armado en Colombia*. [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Javeriana]. <http://hdl.handle.net/10554/21301>
- Garzón Jiménez, R. (2015). *El derecho a la vida del nascitūrus* [Tesis doctoral, Universidad de Castilla-La Mancha].
- Grupo de Memoria Histórica. (2009a). *La masacre de El Salado: Esa guerra no era nuestra*. Taurus, Pensamiento. <http://centrodememoriahistorica.gov.co/wp-content/uploads/2020/02/3.-La-masacre-de-El-Salado.pdf>
- Grupo de Memoria Histórica. (2009b). *Memorias en tiempo de guerra*. Puntoaparte Editores. <https://centrodememo->

- riahistorica.gov.co/wp-content/uploads/2020/01/Memorias-en-tiempo-de-Guerra.pdf
- Guglielmucci, A. (2017). El concepto de víctima en el campo de los derechos humanos: una reflexión crítica a partir de su aplicación en Argentina y Colombia. *Revista de Estudios Sociales*, (59), 83-97. DOI: <https://doi.org/10.7440/res59.2017.07>
- Henao, J. C. (2015). Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. *Revista de Derecho Privado*, (28), 277-366. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n28.10>
- JEP. (s.f.). *Los grandes casos de la JEP. 07 Reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado*. <https://www.jep.gov.co/especiales1/macrocasos/07.html>
- Laverde Herrera, S. A., López Rodríguez, D. F. y Suarez Álvarez, C. A. (2018). *La Protección de los Derechos del Nasciturus en Colombia en la Perspectiva de la Teoría Ecológica del Derecho de Carlos Cossio*. [Monografía de investigación, Universidad Libre]. <https://hdl.handle.net/10901/15990>
- Ley 1437 de 2011. (2011, enero 18). Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Congreso de Colombia. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41249>
- Ley 1564 de 2012. Código General del Proceso. (2012, 12 de julio). Congreso de la República de Colombia. https://www.defensoria.gov.co/public/Normograma%202013_html/Normas/Ley_1564_2012.pdf
- Morineau, M. (2006). Evolución de la Familia Jurídica Romano-Canónica. El Derecho Comparado. 2^{da} edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Posada Maya, R. (2020). Política criminal y derecho penal: un mecanismo de ultima ratio frente a la terminación voluntaria de la gestación. *Nuevo Foro Penal*, 16(94), 13-44. DOI: <https://doi.org/10.17230/nfp16.94.1>
- Real Academia Española. (s.f.). Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., [versión 23.5 en línea]. <https://dle.rae.es/reparación?m=form>
- Rodríguez, A. 2008. El concepto de víctima. <https://documentacion.aen.es/pdf/libros-aen/coleccion-estudios/violencia-y-salud-mental/parte1- algunos-conceptos-sobre-la-violencia/37-el-concepto-de-victima.pdf>
- Sentencia T-179 de 1993. (1993, mayo 7). Corte Constitucional de Colombia. M.P. Alejandro Martínez Caballero. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-179-93.htm>
- Sentencia C-133 de 1994. (1994, 17 de marzo). Corte Constitucional de Colombia. M.P. Antonio Barrera Carbonell. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-133-94.htm>
- Sentencia C-591 de 1995. (1995, 7 de diciembre). Corte Constitucional de Colombia. M.P. Jorge Arango Mejía. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1995/C-591-95.htm>
- Sentencia T-223 de 1998. (1998, 18 de mayo). Corte Constitucional de Colombia. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-223-98.htm>
- Sentencia C-355 de 2006. (2006, 10 de mayo). Corte Constitucional. M.P. Jaime Araújo Rentería, Clara Inés Vargas Hernández. https://oig.cepal.org/sites/default/files/2006_sentenciac355_colombia.pdf
- Torres Vásquez, H. (2018). La responsabilidad por el mando en la justicia transicional colombiana. *Academia & Derecho*, (16), 137-161. DOI: <https://doi.org/10.18041/2215-8944/academia.16.5981>
- Uprimny, R. (2012, 5 de noviembre). La ambigua reforma a “Justicia y Paz”. *Razón Pública*. <https://razonpublica.com/la-ambigua-reforma-a-justicia-y-paz/>
- Valencia Zea, A. y Ortiz Monsalve, Á. (2020). *Derecho Civil. Tomo I. Parte general y personas*. Editorial Temis.
- Velásquez Posada, O. (2006). Constitucional y legalmente, el nasciturus es persona y titular del derecho a la vida. *Persona y Bioética*, 10(1), 85-103. <https://personaybioetica.unisabana.edu.co/index.php/personaybioetica/article/view/930>
- Villafuerte, L. El concebido debe ser persona. *Fides et Ratio*, 5(5), 55-66. http://www.scielo.org.bo/pdf/rfer/v5n5/v5n5_a06.pdf

